

DE BINDEnde DERDENBESLISSING NAAR BELGISCH RECHT (*)

door

Prof. Dr. Marcel L. STORME

Mr. Matthias E. STORME

Aspirant N.F.W.O.

§ 1. Inleiding

1. In een vorig jaar verschenen bijdrage(1) werd voor de eerste maal in België een omstandige poging ondernomen om een met het Nederlands bindend advies vergelijkbare rechtsfiguur in de rechtspraktijk op te sporen en nader te omschrijven. Deze figuur maakt het mogelijk de bepaling van een partijverhouding die ter vrije beschikking staat van de partijen — zoals onder meer een kontraktuele verhouding, de verhouding tussen erfgenamen of legatarissen onderling of met elkaar, een schadevergoedings- of een nabuurschapsverhouding — bindend door één of meer derden te laten geschieden, derden welke dus de partijen door hun beslissing kunnen binden. Daarom spreken we van *bindende derdenbeslissing*. De bindende werking van dergelijke beslissing kan o.i. — mits voldoende conventionele grondslag, waarover verder — algemeen erkend worden volgens de beginselen van ons overeenkomstenrecht (art. 1134 e.v. B.W.), ook al worden slechts enkele bijzondere gevallen uitdrukkelijk in de wet voorzien, namelijk in de artt. 1592, 1716 en 1854 B.W.(2). Weliswaar wordt de vereiste van bepaaldheid die aan een aantal rechtsverhoudingen gesteld wordt — meer bepaald de vereiste bepaaldheid van verbintenissen opdat zij kontraktueel tot stand zouden komen, aangegeven in art. 1129 B.W., en de vereiste bepaaldheid van legaten opdat zij aan de erfgenamen tegenstelbaar zouden zijn —, ook door de Belgische rechtspraak streng — volgens sommigen te streng — opgevat, maar toch kan deze vereiste de

* Preadvies voor de vergadering van de afdeling privaatrecht van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, te houden te Gent op 22 november 1985.

(1) STORME, M., „De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen”, *T.P.R.* 1984, 1243 e.v.

(2) Zie STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 43 e.v.

bepaling van die rechtsverhoudingen door middel van een bindende derdenbeslissing niet in de weg staan. Daarvoor kan reeds naar de tekst van Domat verwezen worden waarop de aangehaalde artikelen van het B.W. steunen(3). In de Belgische rechtspraak heeft dergelijke figuur steeds — het weze verkeerdelijk onder het mom van andere rechtsfiguren(4) — een belangrijke, zij het zelden geopenbaarde rol gespeeld(5). In tal van toepassingsgevallen worden de teksten en regelen weliswaar niet door nauwkeurigheid gekenmerkt. Anderzijds moge er — voor de vergelijking met het mede-preadvies van Mr. J.M. Polak — op gewezen worden dat bepaalde geschillenkommissies vergelijkbaar met diegene die in Nederland als bindende

(3) „Dans les conventions où il faut faire quelque estimation, comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, des portions de gain ou de perte que doivent avoir les associés, et autres semblables, si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne, soit qu'on la nomme ou non; ou même à l'arbitrage de la partie, il en est de même que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité, et qui s'y connussent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle n'aura pas de lieu; parce que l'intention de ceux qui se rapportent à ces sortes de choses à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé sera raisonnable; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l'équité”, DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, I, III § 11, aangehaald door RONSE, J., „Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.* 1977, 214. Daarbij kan wel opgemerkt worden dat de gemeenrechtelijke onderscheidingen tussen arbiter, arbitrator en amiable compositeur bij Domat wel vervlakt waren, wat tot het verdwijnen van de bindende derdenbeslissing — behalve de specifieke wettelijke gevallen — uit de Franse rechtsleer heeft geleid: zie CLAVAREAU, *Eenige hulpvereenkomsten*, 151-152. In de Italiaanse C.C. (1942), die als een verbeterde versie van de C.C. kan beschouwd worden, vinden we, zoals in het BGB, de algemene regel wel uitdrukkelijk, namelijk in art. 1349 (determinazione dell'oggetto), en wel in dezelfde afdeling als ons art. 1129. Ze luidt „Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta del giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento”.

De soepelheid van het Italiaanse recht blijkt ook uit de ruime aanvaarding van de biancosegno, het door beide partijen blanco ondertekende blad dat door de derde met zijn beslissing wordt ingevuld (zie BONELL, M.J., „Arbitration as a means for the revision of contracts”, in *Rapports nationaux italiens au XIème congrès international de droit comparé*, Budapest 1978, 231 en noot 17) — wat in Frankrijk wat ongelukkig „transaction par mandataire” genoemd wordt.

(4) STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 46 e.v.

(5) STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 6 en 52.

adviseurs werkzaam zijn, in België een eigenlijke arbitrage vormen(6).

Voor dit preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland leek het niet wenselijk deze rechtsfiguur nogmaals op alle punten naar Belgisch recht te ontleden, noch haar geschiedenis en gebruik opnieuw uiteen te zetten. Daartoe verwijzen wij naar voormeld artikel(7).

In dit preadvies wordt het begrip *bindende derdenbeslissing* gebruikt in plaats van bindend advies. Dit is mogelijk omdat ook het laatste begrip in België tot nu toe zelden gehanteerd wordt(8). Bindend advies is — zoals Meijers het reeds stelde — wel erg verwarrend. Het begrip bindende derdenbeslissing benadrukt duidelijk dat het gaat om de beslissing van een derde, in tegenstelling tot de partijbeslissing(9), alsook dat de kracht van deze beslissing van dezelfde aard is als de kracht die aan een door de betrokken partijen zelf genomen beslissing zou toekomen, naargelang het geval een verbintenisschepende of -wijzigende dan wel een zakelijke werking. De bindende kracht van een overeenkomst kan in bepaalde gevallen zelfs zo groot zijn als het gezag van gewijsde, dat aan de arbitrale of gerechtelijke beslissing toekomt: volgens artikel 2052 B.W. immers hebben dadin- gen tussen partijen kracht van gewijsde in hoogste aanleg.

§ 2. Belang en aktualiteit

Het belang van de bindende derdenbeslissing berust enerzijds op de grenzen van de overheidsrechtspraak en van de arbitrage, die een

(6) Zo kennen wij het volgende beding, dat krachtens art. 16 van het akkoord dat in 1980 werd gesloten tussen de nationale vereniging van meubelhandelaars en de verbruikersunie Testaankoop in koop-verkoopovereenkomsten van meubelen aan verbruikers wordt ingelast: „Geschillen tussen verbruiker en meubelverkoper over de geldigheid, de uitlegging of de uitvoering van deze overeenkomst zullen, binnen de drie maand nadat de klacht aan de tegenpartij is voorgelegd en niet is opgelost, op verzoek van één van beide partijen schriftelijk aanhangig gemaakt worden bij de geschillenkommissie, die hiertoe is opgericht door de Verbruikersunie en Navem. De uitspraken van deze commissie zijn bindend en definitief voor partijen. De behandeling en de uitspraak geschieden overeenkomstig het geschillenreglement en de bepalingen van het Gerechtelijk wetboek inzake arbitrage (art. 1676 tot en met 1723)”. Het betreft hier dus wel een scheidsrechterlijk beding, niet anders dan het scheidsrechterlijk beding dat, in toepassing van de internationale overeenkomst betreffende het reiskontrakt van 23 april 1970, krachtens een akkoord van 1983 in de sektor, in overeenkomsten met reisbemiddelaars en reisorganisatoren zou worden ingelast.

(7) STORME, M., o.c., T.P.R. 1984, nr. 1 e.v. voor de geschiedenis en nr. 42 e.v. voor het gebruik van de figuur.

(8) Soms vindt men ook het begrip „scheidsrechterlijk deskundige”, dat via het Franse „expert-arbitre” uit het Duitse „Schiedsgutachter” werd overgenomen. Verder vindt men begrippen als „expertise amiable irrévocable” en „semi-arbitrage” (DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 625 e.v.)

(9) Vgl. STORME, M., o.c., T.P.R. 1984, nr. 26.

ruim veld van onzekerheden blank laten waarin de bindende derdenbeslissing een geschikte oplossing vormt, en anderzijds op de voordelen van de laatste ten opzichte van overheidsrechtspraak en arbitrage ook voor gevallen waar beide mogelijk zijn.

2. Grenzen van de overheidsrechtspraak.

We geven hier twee grenzen van overheidsrechtspraak aan, die zelden voldoende uit elkaar gehouden worden. Vooreerst is de Belgische overheidsrechter zeer terughoudend in het vorm geven aan rechtsverhoudingen, meer bepaald dan aan kontraktuele verhoudingen. Hij beperkt zich aldaar tot wat hij volgens de historisch-subjektieve criteria — namelijk de „gemeenschappelijke bedoeling der partijen” — als uitlegging kan doen doorgaan. Uitleg volgens normen van de goede trouw wordt zelden toegegeven. Voor alle problemen waarover oorspronkelijk geen gemeenschappelijke bedoeling bestond — en die zijn het die precies tot andere dan louter feitelijke geschillen voeren — wordt daarmee geen oplossing gegeven. De enige remedie die dan ook in aanmerking komt is de nietigheid van de overeenkomst (wegens onbepaaldheid bijvoorbeeld), mogelijks gemilderd tot een ontbinding *ex nunc*. In de Franse traditie wordt deze oplossing immers als minder ingrijpend beschouwd dan een wijziging van de verbintenissen. Deze oplossing wordt minder en minder als bevredigend ervaren, en is voor langlopende kontrakten onhoudbaar geworden.

De terughoudendheid van de Belgische rechter is zeker groter dan die van de Nederlandse of Duitse rechter, die meermaals de inhoud van de rechtsverhouding niet alleen op grond van de „gemeenschappelijke partijwil” en uitdrukkelijke wetsbepalingen, maar ook aan de hand van normen van de goede trouw vaststelt. De Italiaanse C.C. voorziet in artikel 1467 een tussenoplossing: de rechter kan de overeenkomst ontbinden zo de tegenpartij geen billijke vergoeding aanbiedt voor bijvoorbeeld de verstoring van het evenwicht tussen de prestaties.

De reden voor deze terughoudendheid is niet dat de rechter rechtens niet anders kan, maar dat de overheidsrechter zichzelf veelal niet geschikt acht voor het positief vormgeven, het „gestalten” van partijverhoudingen.

Dit probleem betreft zoals gezegd op de eerste plaats kontraktuele verhoudingen, maar niet uitsluitend. In het schadevergoedingsrecht zal het probleem zelden rijzen, omdat de rechter zowel voor de bepaling van de schade als voor de beoordeling van de fout een

beroep kan doen op deskundigen, op een gerechtelijk deskundigen-onderzoek, en er betreffende de remedie weinig alternatieven zijn. Doch in andere aangelegenheden, zoals meermaals delikate problemen van erfverdeling of testamentuitvoering, kan een derde soms geschikte oplossingen uitdenken die de rechter niet kan bevelen. Ook in verhoudingen van nabuurschap en andere verhoudingen tussen eigenaars of zakelijke rechthebbers kan zich hetzelfde voordoen. Een andere beperking aan de overheidsrechtspraak wordt vrij algemeen erkend. Behalve de wettelijke gevallen van vrijwillige rechtspraak kunnen partijen zich niet tot de rechter wenden om hun partijverhouding te bepalen zo er geen konflikt is, dit is zo er geen eis en verweer kan verwoord worden. Betreft het een obligatoire verhouding, dan kan de rechter maar aangesproken worden om de tegenpartij tot een welbepaalde prestatie te veroordelen, en niet om gewoon een onzekerheid weg te nemen.

3. Grenzen van de arbitrage

Voor de arbitrage gelden gedeeltelijk dezelfde problemen en grenzen. De grenzen van de arbitrabiliteit zijn echter niet noodzakelijk dezelfde als die der behandelbaarheid door de overheidsrechter. De *ratio* van die begrenzing betreft immers het karakter van de overheidsrechtspraak als rechtsbedeling, als een openbare dienst ter beschikking van de gemeenschap, voor het beroep waarop toch een minimale behoefte wordt vereist: *de minimis non curat praetor*. Voor partikuliere rechtspraak, door de partijen zelf ingericht en bekostigd, geldt deze ratio niet. Wel kunnen er andere redenen zijn die de arbitrabiliteit beperken.

Zo zou ook voor arbitrage de tweede grens gelden: er moet een „geschil” zijn (term die in de Franse tekst echter driemaal verschillend voorkomt, nl. *litige* in artikel 962 Ger.W., *différend* in artikel 1676 Ger.W., *contestation* in artikel 2044 B.W.), dit is er moeten tegenstrijdige besluiten kunnen genomen worden, althans een eis met een bepaald voorwerp verwoord worden vooraleer de scheidsrechter bevoegd is om uitspraak te doen⁽¹⁰⁾. Weliswaar kan deze begrenzing tot geschillen soepel worden benaderd en artikel 1676 Ger.W. overeenstemmend ruim opgevat, zodat niet meer noodzakelijk een open

(10) Vgl. VAN GERVEN, W., „Langdurige overeenkomsten”, in *Hulde aan R. Dekkers*, nr. 15, p. 399: „onder geschil wordt verstaan het feit dat een in haar belangen gekrenkte persoon zich actief of passief verzet tegen de eisen die de haar krenkende persoon in dat opzicht tegenover haar formuleert”. Dit vereist niet dat de partij zich ook in rechte verweert, zie CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*, 126 v.

konflikt wordt vereist(11). Onjuist is daarentegen de opvatting die steunt op een zogezegd onderscheid tussen conflicten betreffende rechten en belangenconflicten(12)Zijn rechten immers iets anders dan rehtens beschermde belangen(13)?

Verder vereist dezelfde wetsbepaling dat de beslissing een bepaalde rechtsbetrekking (*un rapport de droit déterminé*) betreft. Hieruit wordt door sommigen afgeleid dat arbitrage naar Belgisch procesrecht wel mogelijk is ter herziening of aanpassing van een overeenkomst, maar niet ter aanvulling van een leemte, een door de partijen bewust opengelaten punt (*gap-filling*)(14): het betreft immers problemen waarvoor de bestanddelen ter bepaling van een oplossing niet zijn aangegeven of slechts te vaag (bijvoorbeeld naar billijkheid). In feite betekent de wetsbepaling echter dat partijen niet kunnen overeenkomen dat álle mogelijke conflicten tussen hen door scheidsrechters zullen worden beslecht, maar dit slechts kunnen overeenkomen voor elke aangelegenheid of soort aangelegenheid afzonderlijk(15).

(11) HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, 1981, nr. 83, p. 82.

(12) Zie CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*, 125 e.v.; zie ook GOFFIN, L. en DENEZ, G., „La technique de l'arbitrage comme procédé de revision des contrats”, *Rapports belges au XIème congrès international de droit comparé*, Budapest 1978, 150. De oude opvatting vond nog steun in de oude tekst van artikel 1003 Wb. Rv. (1806): „Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition”. Artikel 1676, 1 Ger.W. spreekt echter van „Elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking waarover een dading kan worden aangegaan”.

(13) Naar de bekende uitspraak van VON IHERING, „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen”.

(14) Zie daarover VAN GERVEN, W., „Langdurige overeenkomsten”, in *Hulde R. Dekkers*, nr. 15, p. 399 e.v. In Duitsland wordt een „gestalten” van de partijverhouding door de scheidsrechter wel aanvaard, doch eveneens slechts zo er een reeds „bepaalde” rechtsverhouding voorhanden is — „rechtsbegründend” daarentegen kan in beginsel slechts een *Schiedsgutachten* (het ekwivalent der bindende derdenbeslissing) zijn; zie HABSCHEID, „Das Schiedsgutachten, ein Grenzgebiet zwischen materiellem und Prozeßrecht”, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts*, 2. FS für H. Lehmann, 1956, II, 796. In het common law werd deze begrenzing nooit gemaakt, zie HOLTZMANN, „Le droit des Etats-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d'un contrat à long terme”, *Rev. Arb.* 1975, 60 en AKSEN, „Legal considerations in using arbitration clauses to resolve future problems which may arise during long-term business agreements”, *The business lawyer*, 1973, 595 en verwijzingen. Ook volgens STROHBACH, „Die Revision von Verträgen durch Schiedsgerichtsverfahren”, *Berichte zum X. internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung*, Budapest, 1978 (uitgegeven door het Nationales Komitee für Rechtswissenschaft der DDR) kan arbitrage in de DDR zowel aanvullend (*gap-filling*) als wijzigend zijn. Hetzelfde wordt voorzien in de Nederlandse ontwerp-arbitragewet. Z. STALEV spreekt in „Arbitration to adapt long-term international economic contracts to changed circumstances”, in *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other situations*, ICCA Congress series no. 1 Hamburg 1982, uitg. P. Sanders, Kluwer 1984, 199 en m.b. 202 e.v., wel van arbitrage, maar onderscheidt deze vorm dan als „economic arbitration” van „judicial arbitration” — met als gevolg dat zij een niet-toetsbare materieelrechtelijke binding zou hebben, maar geen gezag van gewijsde.

(15) STORME, M., „Aspects importants du droit arbitral belge”, *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.* 1976, 119.

Blijft echter als argument dat de scheidsrechter, die aangesteld wordt om recht te spreken, dit is te veroordelen, niet de geschikte man is om leemten op te vullen.

Ook problemen zoals de kwaliteitsarbitrage (de vaststelling van de hoedanigheid van zaken) of de bepaling van de hoogte van een som of schadevergoeding, — hoewel in sommige landen als arbitabel aanvaard, en eveneens voorzien in de nieuwe Nederlandse arbitragewet (zie het preadvies van mr. Polak) — vinden in de vormelijke arbitrage niet de meest geschikte oplossing. In feite worden zij dan ook, zowel door de rechter als door de scheidsrechter, beslist op grond van een deskundigenonderzoek, doch slechts naar aanleiding van een geschil. De bindende derdenbeslissing biedt hier dus een wisseloplossing.

Een bindende derdenbeslissing kan ook gebruikt worden ter bewaring van recht, bijvoorbeeld tot vaststelling van feiten waarvan de gerechtelijke vaststelling om een of andere reden niet kan gevorderd worden.

Het minste wat kan gezegd worden is dus wel dat de mogelijkheid van een wisseloplossing voor de vormelijke arbitrage, zoals een bindende derdenbeslissing, in dergelijke vragen zinvol is(16).

Een andere begrenzing der arbitrage die een gebied voor bindende derdenbeslissingen openlegt, is de uitsluiting van publiekrechtelijke personen (zie hieronder nr. 7 en noot).

4. Voordelen van een pleegvormloze behandeling, alternatief aan de vormelijke arbitrage.

Niet alleen het soort probleem en de beschikbare remedie kunnen beslissend zijn voor de keuze tussen overheidsrechtspraak, arbitrage of bindende derdenbeslissing; ook andere factoren kunnen hierbij een rol spelen. Zo helpen de achterstand van het gerecht en de voortschrijdende politisering van de benoemingen in de rechtsbedeling, met het eraan verbonden kwaliteitsverlies, mede de „vlucht”

(16) Zie ook de verantwoording gegeven door de IKK voor het voorzien van een kontraktregelingsprocedure naast de arbitrageprocedure, document 420/214 van 13 december 1977, App. 1, p. 3. Zie over die procedure STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 19 en bijlage I. Op deze procedure werd tot nu toe echter nog geen beroep gedaan, wat misschien laat vermoeden dat men precies in internationale handelskontrakten geen moeilijkheden maakt over de arbitraliteit van bepaalde problemen.

In Italië ontstond door de beperktheid van de formele arbitrage (*arbitrato rituale*), en het niet volledig bindend karakter van de derdenbeslissing (*arbitraggio*), een informele arbitrage (*arbitrato irrituale*), die niet aan de voorwaarden der arbitrage moet voldoen, maar als omzeggens even definitief aanvaard werd. Zie daarover STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 9 e.v. Deze figuur werd door de Italiaanse rapporteur te Budapest 1978, Prof. Bonell aanbevolen als de beste procedure ter aanpassing of herziening van kontrakten (l.c., 239-243).

in de partikuliere rechtspraak verklaren. Doch ook arbitrage wordt wel eens, vooral in internationale scheidsrechterlijke gedingen, omslachtig, tijdrovend en kostelijk. Vergeleken daarmee zal een pleegvormloze bindende derdenbeslissing ongetwijfeld sneller en goedkoper uitvallen.

Verder kan in sommige soorten betwistingen een paritaire samenstelling van het kollege — wat arbitrage uitsluit — eerder tot voor de partijen aanvaardbare of aanvaarde oplossingen leiden.

Anderzijds brengt de bindende derdenbeslissing een duidelijk grotere vermindering van rechtsonzekerheid dan een rechtspleging van bemiddeling of verzoening.

§ 3. Rechtskarakter van de bindende derdenbeslissing

Een derdenbeslissing is slechts bindend zo zij in de plaats treedt van een beslissing der bevoegde partij(en). Zij kan haar bindende kracht slechts ontleen aan een rechtshandeling van de persoon of personen die bevoegd zijn die beslissing zelf te nemen, waarbij deze bevoegdheid wordt overgedragen en mits die handeling aan alle rechtelijke (daarom niet feitelijke) voorwaarden voor die beslissing voldoet. De algemene grondslag is dus de partij-autonomie in één van zijn vormen (zoals daar zijn de kontraktvrijheid en de eenzijdige beschikingsvrijheid over zijn goederen).

Dit betekent echter nog niet dat de rol van deze beslissing kan herleid worden tot de rol van de handeling in de plaats waarvan ze treedt.

5. Kwalifikatie volgens de oorsprong: konventionele of ook andere grondslag?

Spreekt men over de grondslag van de bindende derdenbeslissing, dan denkt men normaal aan een (geldige) overeenkomst tussen de betrokken partijen. Meestal is de bevoegdheid van de derde om de partijverhouding te bepalen en dus ook de bindende kracht van zijn beslissing inderdaad ook konventioneel van oorsprong: de *konventionele derdenbeslissing*. In die gevallen geven de regels van het overeenkomstenrecht ons dan ook de voorwaarden voor de geldigheid, juist voor de bindende kracht van de derdenbeslissing. Dit wordt hieronder in § 4 uitgewerkt.

Kan de bindende kracht van een derdenbeslissing — of die nu obligatoir of zakelijk is — echter ook op een andere handeling berusten dan een overeenkomst tussen de betrokkenen? O.i. kan zij ook berusten op andere handelingen middels dewelke de handelende

persoon bevoegd was die partijverhouding (mede) te bepalen(17). We denken hier meer bepaald aan de testeervrijheid, de vrijheid om over het beschikbaar gedeelte van zijn vermogen te beschikken voor na zijn dood. Zo kan de konkretisatie van bepaalde legaten aan (één van de partijen of aan) een derde worden overgelaten zo er voldoende gegevens zijn aan de hand waarvan de bepaling dient te geschieden(18). Daarbij zijn de bepalingen betreffende de (partijbeslissing onderscheidenlijk de) derdenbeslissing van toepassing. Deze mogelijkheid bestaat ook naar Belgisch recht. Hoewel het Duitse BGB vrij beperkend is(19) voorziet het Duitse ZPO § 1048 wel nog een verdere mogelijkheid, namelijk dat de erflater een persoon aanduidt om alle geschillen tussen de erfgenamen of legatarissen bindend te beslissen — althans voor zover het voorbehouden gedeelte niet aangetast werd(20). In deze en andere gevallen is de kwalifikatie als bindende derdenbeslissing ons inziens de meest zinvolle, althans zo de aange-stelde derde zelf geen partij is. Hij is immers geen lasthebber van de erflater, vermits de last niet door de erfgenamen kan worden herroepen, maar hen integendeel bindt. De erflater zou zelfs een strafbeding kunnen voorzien jegens degene die de derde-beslissing niet aanvaardt — wat in het Romeins recht ook voor konventionele derdenbeslissingen de techniek was om ze bindende kracht te verlenen(21), maar daarvoor nu wel overbodig is. We kunnen dan ook spreken van *testamentaire derdenbeslissing*.

Ook de bevoegdheid van de organen van rechtspersonen, van jury's in wedstrijden, e.d.m. om geschillen waarin zij geen partij zijn te beslechten, is niet steeds zuiver kontraktueel van oorsprong, al kan zij meestal daartoe teruggevoerd worden via de statuten of de handeling van toetreding. Het gaat hier dan ook om *statutaire derdenbeslissingen* of verenigingsrechtspraak(22).

Daarnaast kan het niet *a priori* uitgesloten worden dat de rechter in een hem voorgelegd geschil, ook buiten een beding of overeenkomst van bindende derdenbeslissing om, op grond van de vereiste van goede trouw die de partijverhouding beheerst, maar voor de konkrete

(17) In de Nederlandse rechtsleer verkiest men hiervoor soms een apart begrip te gebruiken, namelijk 'bindende electie'. Zie bijvoorbeeld CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*, , 116, 120 e.a.p.

(18) Zie daarover DILLEMANS, R., *Testamenten*, nr. 120 en 128.

(19) Zie het algemeen verbod van § 2065 en de uitz. van o.m. §§ 2151, 2156, 2193.

(20) Daarover CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*, 118 en noot 394, met verwijzing naar SUIJLING-DUBOIS, VI, nr. 95 en SATTA, S., *Contributo allo studio dell'arbitrato*, Milano 1931, 73, noot 1.

(21) Zie VAN ITTERSUM, *Het bindend advies*, 8.

(22) Vgl. CLAVAREAU, o.c., 19, 121-122, 208 e.a.p.

tisatie waarvan de rechter zich niet geschikt acht, zelf een derde-beslisser aanstelt(23): *de gerechtelijke derdenbeslissing*. Een ander voorbeeld van gerechtelijke derdenbeslissing vinden we in artt. 1677-1678 B.W.

6. Kwalifikatie volgens de werking: materieelrechtelijke of processuele werking?

Het rechtskarakter van de bindende derdenbeslissing wordt niet alleen door haar oorsprong, maar ook door haar functie bepaald. Meestal onderscheidt men bij overeenkomsten, zoals bij andere rechtshandelingen, tussen een materieelrechtelijke werking, waarbinnen kan onderscheiden worden tussen obligatoire en zakelijke werking, en een processuele werking. De processuele werking is de werking als bewijs of gewijsde: zij bindt de rechter in elk volgend proces. Dergelijke werking vinden we in de bewijsovereenkomst, de arbitrage-overeenkomst, de *litis contestatio* (de uitwisseling der besluiten die historisch de konventionele grondslag der overheidsrecht-spraak vormt).

Nu heeft men geprobeerd ook de bindende derdenbeslissing in die categorieën onder te brengen en naargelang zij in de ene of andere thuishoort met een ander begrip te benoemen. Aan deze vraag werd bijvoorbeeld in Duitsland veel literatuur gewijd. In navolging van Habscheid worden daarbij onderscheidingen gemaakt in de aard van de volgende:

— beslissingen die slechts afzonderlijke bestanddelen van de rechts-verhouding betreffen worden *Schiedsgutachten* in enge zin genoemd, en onderscheiden in *rechtserklärende* en *Tatbestandelemente feststellende Schiedsgutachten*. Zij worden door Habscheid e.a. als proces-sueel beschouwd, en meer bepaald zelfs als bewijsovereenkomst. Habscheid gebruikt onder meer het argument dat de derde het recht niet doet ontstaan, maar slechts verklaart(24).

— beslissingen die de rechtsverhouding vormgeven, *gestalten*; zij kunnen gevallen zijn zoals voorzien in BGB § 317 v. (*Leistungsbestimmung durch Dritte*)(25), of andere vormen van aanvulling of herziening van een kontraktuele verhouding. Deze rechtsfiguren,

(23) Een boeiend, hoewel vrij eenmalig voorbeeld in die richting geeft Paris, 28 september 1976, *J.Cl.*, Jur., 1978, nr. 18810, noot ROBERT. De rechter die zich onbevoegd achtte zelf de verbintenissen te herzien, geeft de partijen de opdracht verder te onderhandelen en stelt daartoe een derde-bemiddelaar aan. Men vergelijkte met recente rechtspraak in korte gedingen in Nederland, waarbij syndikale groeperingen verplicht werden met de overheid te gaan praten.

(24) zie 2. *FS Lehmann*, 802 v.

(25) Waarover STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 41.

ook *Schiedsgutachten* in ruime zin genoemd, worden algemeen geacht een materieelrechtelijke werking te hebben.

Dit onderscheid zou van belang zijn voor de beoordelingsruimte aan de derde gelaten (in de eerste groep geen, in de tweede groep wel), en de wijze van aanvechting der beslissing (de tweede groep volgens BGB 318-319, dit is wegens kennelijke onredelijkheid, de eerste groep wegens onjuistheid of bij gelijkenis met de aanvechtingsgronden der arbitrage).

Deze beide soorten worden dan nog principieel onderscheiden van de (formele of informele) arbitrage, die een beoordeling van en beslissing over de gehele rechtsverhouding zou zijn.

Vergelijkbare onderscheidingen heeft men geprobeerd te maken tussen de verschillende Italiaanse rechtsfiguren der *arbitrato rituale* of *irrituale* (arbitrage), *arbitraggio* (aanvullend) en *perizia contrattuale* (afzonderlijke bestanddelen vaststellend).

Het radikale onderscheid dat in Duitsland gemaakt wordt tussen materieelrechtelijke en processuele werking behoort echter niet tot onze — goeddeels Franse — traditie, evenmin als een radikale scheiding tussen recht en feit. Ook in Nederland is het zo, en maakt men bijvoorbeeld geen onderscheid tussen bewijs- en vaststellingsovereenkomst. De beste uitdrukking van de verwevenheid van beiden vindt men in het bewijsrecht van de code civil(26), doch de bindende derdenbeslissing kan daarvan wellicht verdere illustraties verschaffen. Reeds in de overeenkomsten is de grens tussen materiële en bewijswerking, zoals die tussen ontstaan en bewijs van verbintenissen in het algemeen, niet scherp te trekken. De werking van de bindende derdenbeslissing is ons insziens nog minder tot het ene óf het andere terug te voeren. Weliswaar benadrukt de traditionele leer in de meeste landen uitsluitend het materieelrechtelijk aspect, en werd het procedure-aspekt vrij onlangs ontdekt. Doch dat de bindende derdenbeslissing ook een procedurele kant heeft, betekent nog niet dat zij procesrechtelijk is, een instelling van het procesrecht, zoals de arbitrage. Ook het totstandkomen van kontraktuele verbintenissen heeft een procedure-aspekt en een bewijswerking. Zo het al zin kan hebben om ook bij ons verschillende soorten van derdenbeslissing naar hun werking (obligatoire, zakelijke) te onderscheiden, wat het onderscheid materieel-processueel betreft, behoudt men ons insziens het geheel beter als één rechtsfiguur die precies op de grens van

(26) Voor Nederland, zie het meesterwerk van EGGENS, in *Land's verklaring van het burgerlijk wetboek*, passim, en in dezelfde richting CLAVAREAU, o.c., 9 e.v., 107 e.v., 113.

materieel recht en procesrecht ligt(27). Ook in Duitsland houdt de gemeenschappelijke term *Schiedsgutachten* dan ook stand ondanks alle tegenkanting.

Een vergelijkbaar vervagen van grenzen vinden we bij beslissingen van organen van vennootschappen en andere rechtspersonen. De werking daarvan ten opzichte van de vennoten is niet meer kontraktueel te noemen, ook zo hun bindende kracht op een kontrakt berust. Door institutionalisatie zijn ze van „kontraktueel” tot „statutair” geworden, maar daarom nog niet processueel.

Of de bindende derdenbeslissing nu een materiële werking (vaststellingsovereenkomst) dan wel een processuele werking (bewijsovereenkomst) zou hebben is o.i. dus niet belangrijk. De hele vraag naar de aard van haar werking betreft immers uitsluitend de wijze en mate van rechterlijke toetsing. Vragen we naar de aard van die werking, vragen we of zij aspecten van gewijsde heeft, vragen we in welke mate het materieelrechtelijke erin overstegen wordt in een meer definitieve bepaling van de partijverhouding, zoals dit precies in de arbitrage net als in de overheidsrechtspraak het geval is, dan vragen we uiteindelijk hoe stevig zo'n beslissing staat in een mogelijke latere konfrontatie voor de rechter. Derdenbeslissingen worden dan ook naar hun werking best onderscheiden in volledig toetsbare, marginaal toetsbare en niet toetsbare maar slechts formeel vernietigbare beslissingen. In de laatste categorie hoort de scheidsrechterlijke beslissing thuis.

Nu zijn er inderdaad aspecten van sommige informele derdenbeslissingen die hun kracht in de nabijheid van die der scheidsrechterlijke beslissing kunnen brengen.

Met de overstijging van het louter konventionele, zoals dit in de arbitrage plaatsvindt, heeft de bindende derdenbeslissing gemeen dat zij het recht veelal niet eerst doet ontstaan, maar een nadere of klaardere bepaling van een lopende partijverhouding geeft, en dat deze bepaling, zoals bij besluiten van organen van rechtspersonen, zich ver kan verwijderen van wat de partijen of de persoon in wiens plaats de derde treedt, oorspronkelijk wel konden of wilden voorzien. Als keerzijde daarvan zal de bindende derdenbeslissing dan ook aan de meest grondliggende vereiste van rechtspraak moeten voldoen, namelijk de onpartijdigheid van de derde.

Anderzijds worden voor de bindende derdenbeslissing in beginsel

(27) Zie ook NICKLISCH, „Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen”, *RiW* 1978, 633; ROSENBERG-SCHWAB, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 13e uitgave 1981, 1094; WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, 108 e.v., 134 e.v., 173.

geen pleegvormen vereist, kan er moeilijk een bewijsinstructie doorgevoerd worden, en betekent de beslissings- of beoordelingsruimte precies dat de derde niet aan de regelen des rechts gebonden is, maar naar billijkheid moet oordelen, of aan de hand van konkretere varianten daarvan (voornamelijk in die beslissingen die meer „feitelijk” van aard zijn). Hij kan dus aan het zwart-wit denken ontsnappen, en nuances maken die voor de rechter minder zijn weggelegd. De keerzijde van die vormloosheid is dan ook dat het wenselijk is dat de bindende derdenbeslissing nog steeds aan een, zij het marginale, inhoudelijke toetsing kan onderworpen worden. Dat dit naar Belgisch recht zo zij, wordt in § 6 uitgewerkt. Door deze toetsbaarheid heeft de derdenbeslissing, anders dan de scheidsrechterlijke beslissing en de dading, geen kracht van gewijsde, maar slechts kracht van overeenkomst. Er kan ook geen exequatur verleend worden — uitvoerbare kracht zou dus alleen op een notariële akte kunnen berusten(28) — en er zijn ook niet dezelfde redenen van openbare orde om de aanvechtingstermijn, zo die zou geregeld worden, noodzakelijk kort te houden(29).

Een ander probleem dat nader onderzoek zou vergen, betreft de mogelijkheden van internationale erkenning. Dat dit niet geheel uitgesloten moet worden, toont de geschiedenis van de Italiaanse *arbitrato irrituale*.

De verschillen tussen arbitrage en bindende derdenbeslissing leiden dus wel tot andere mogelijkheden, maar niet tot een wezenlijk ander rechtskarakter, zodat wel kan gesteld worden dat arbitrage een bijzondere vorm is van bindende derdenbeslissing — slechts in bijzondere gevallen mogelijk en aan meerdere voorwaarden verbonden —, maar niet omgekeerd.

§ 4. De kontraktuele kant: voorwaarden voor de bindende kracht van de konventionele derdenbeslissing

Zoals gezegd ontleent de derdenbeslissing rechtelijk haar bindende kracht normaal aan een rechtshandeling welke zelf aan de rechtelijke voorwaarden voldoet om die werking te hebben. In deze paragraaf werken we deze meer in het bijzonder voor de konventionele bindende derdenbeslissing uit — diegene die steunt op een overeenkomst tussen de betrokken partijen.

(28) Zie EGGENS' bespreking van VAN ITTERSUM in *W.P.N.R.*, 3006 en CLAVAREAU, *o.c.*, 205.

(29) Natuurlijk kan zij even kort gehouden worden. Zo is in art. 1854 B.W. de korte termijn van drie maanden voorzien.

7. Welke bekwaamheid wordt vereist van de partijen, behalve de algemene handelingsbekwaamheid, en het ter hunner vrije beschikking zijn van de rechtsverhouding tussen hen?

Inzake arbitrage wordt naar de vereisten der dading verwezen(30). Dit betekent onder meer de vereiste van homologatie voor een dading door de voogd aangegaan(31). Voor arbitrage worden verder ook publiekrechtelijke personen uitgesloten(32). Voor de derdenbeslissing verdient het echter aanbeveling deze bijkomende beperkingen aan de gewone vereiste handelingsbekwaamheid niet te stellen, vermits zij, anders dan zowel dading als arbitrage, geen gezag van gewijsde heeft en een zekere inhoudelijke rechterlijke toetsing mogelijk blijft.

Er zijn echter ook andere beperkingen aan de handelingsbekwaamheid, die weliswaar niet met de term onbekwaamheid mogen benoemd worden. Meer en meer immers wordt de verbruiker, de werknemer, de „zwakkere partij” in het algemeen, onbekwaam geacht om zijn eigen belangen te verdedigen. Een welbepaalde uitdrukking van die opvatting is hier van belang. We vinden ze terug in art. 1678,2 Ger.W.: „onder voorbehoud van de bij de wet bepaalde uitzonderingen is van rechtswege nietig iedere overeenkomst tot arbitrage, afgesloten vóór het ontstaan van een geschil waarvan de arbeidsrechtbank kennis moet nemen krachtens de artikelen 578 tot 583”. De bekwaamheid tot het aangaan van een dading of scheidsrechterlijk compromis blijft dus onverlet, een scheidsrechterlijk beding echter wordt uitgesloten. Een gelijkaardige veralgemeende uitsluiting vinden we voor bedingen van bindend advies in het door de Nederlandse tweede kamer in 1983 aangenomen wetsvoorstel op de algemene voorwaarden (ter vervanging van NBW 6.5.1.3): daarin wordt immers voorgesteld bedingen die geschillen onderwerpen aan bindend advies in overeenkomsten tussen een niet beroepsmatig handelende gebruiker en een wederpartij die algemene voorwaarden gebruikt, als onredelijk bezwarend aan te merken. Zonder ons over de aanvaardbaarheid van scheidsrechterlijke bedingen in dergelijke verhoudingen — waarvan de uitsluiting tot in een vorig wetsvoorstel voorzien was — uit te spreken, gaat een dergelijke uitsluiting van precies bedingen tot bindende derdenbeslissing ons inziens te ver.

(30) Art. 1676 Ger.W.

(31) Art. 2045 B.W.

(32) Art. 1676,2 en 3 Ger.W. Zie daarover toch STORME, M., „Arbitrage tussen publiek- en privaatrechtelijke personen”, *T.P.R.* 1979, 197. M.b. de voorbeelden in nr. 10 (Hoog Komitee van Toezicht m.b.t. openbare aanbestedingen) en nr. 11 („klandestiene arbitrage”) kunnen als bindende derdenbeslissingen begrepen worden.

Een buigzamere oplossing van het probleem zou erin bestaan in dergelijke verhoudingen grotere waarborgen van onpartijdigheid of bepaalde pleegvormen te vereisen voor bindende derdenbeslissingen, en als sanktie niet de dadelijke onverbindendheid van de derdenbeslissing, maar een ruimere inhoudelijke toetsing door de rechter voor te stellen.

Zoals onze mede-adviseur mr. Polak achten wij het dan ook wenselijk wat de kontraktuele kant betreft vier categorieën van bindende derdenbeslissing te onderscheiden, en de voorwaarden voor haar bindende kracht mogelijks voor deze verschillende categorieën te nuanceren. Wij zouden deze vier categorieën als volgt willen benoemen: enerzijds het kompromis tot bindende derdenbeslissing — dit is nadat een geschil is gerezen —, anderzijds het beding tot bindende derdenbeslissing, te onderscheiden naargelang het een beding is tussen evenmachtige partijen (zgn. *equality of bargaining power*), een toetredingsbeding(33), of een standregel van een vereniging of rechtspersoon. Naargelang de kontraktuele categorie waaraan de derdenbeslissing haar bindende kracht ontleent, kunnen de vereiste pleegvormen genuanceerd worden. Ook hoeft de sanktie niet noodzakelijk rechtstreekse nietigheid zijn, maar kan zij ook daarin bestaan dat de beslissing als partijbeslissing beschouwd wordt(34) en daarom volledig in plaats van slechts marginaal getoetst wordt, waarover verder in § 6.

8. Vormvereisten gesteld aan de handeling waarop de bindende kracht van de derdenbeslissing steunt.

Het verdient aanbeveling, anders dan bij arbitrage, de vormvrijheid te bewaren. De overeenkomst tot gebondenheid aan de beslissing van een derde zou dus noch schriftelijk, noch uitdrukkelijk moeten geschieden. Zij kan dan ook als bestendig gebruikelijk beding stilzwijgend in bepaalde overeenkomsten begrepen zijn. Het zou maar anders zijn zo de rechtshandeling die door de derdenbeslissing vervangen wordt zelf aan vormvereisten onderworpen wordt.

9. Afzonderlijke geldigheid van het beding tot bindende derdenbeslissing

(33) Het begrip toetredingsbeding vormt o.i. een nauwkeuriger criterium voor het overwegen van rechtsbescherming ten voordele van de zwakkere partij, dan de vraag of het om algemene (standaard-)voorwaarden dan wel om afzonderlijke bedingen handelt.

(34) Over het opstellen van algemene voorwaarden beschouwd als partijbeslissing, zie RONSE, J., „Marginale toetsing”, *T.P.R.* 1976, 216-217. Ons inziens echter gaat de toetsing van partijbeslissingen verder dan die van derdenbeslissingen, zie onder nr. 10.

Het verdient eveneens aanbeveling dat de nietigheid van een overeenkomst niet noodzakelijk de nietigheid van een beding tot bindende derdenbeslissing tot gevolg zou hebben, zoals dit ook voor scheidsrechterlijke bedingen erkend wordt in België zoals in de meeste andere landen(35).

§ 5. De procedurekant: vereisten en verloop

10. Minimumvereisten

Een bindende derdenbeslissing beperkt, anders dan een partijbeslissing(36), de rechterlijke toetsing tot gevallen van kennelijke onredelijkheid of onbillijkheid. Opdat deze inhoudelijke beoordelingsruimte erkend zou worden moet de beslissing dus aan bepaalde vereisten voldoen, die dan ook geen andere dan procedurevereisten kunnen zijn.

De meest wezenlijke vereiste wordt reeds door het begrip derdenbeslissing zelf vooropgesteld, namelijk dat de beslisser een derde is, dit wil zeggen onpartijdig(37). Even wezenlijk is de vereiste van deskundigheid. Deze beide vereisten worden zelfs gesteld aan de deskundige aangesteld voor een technische expertise (IKK-reglement technische expertise-artt. 4 en 5). In geval van statutaire derdenbeslissing of verenigingsrechtspraak moet deze vereiste streng gehandhaafd worden, zodat vele beslissingen als partijbeslissing kunnen gekenmerkt worden, die mogelijks ruimer toetsbaar is.

Voor het overige kunnen de minstvereisten afgeleid worden uit een vergelijking tussen de „minimal standards” van het procesrecht enerzijds en de verplichtingen waartoe partijen die in een kontraktuele verhouding staan jegens elkaar gehouden zijn op grond van de vereiste van goede trouw (informatieplicht, i.p.v. -samenwerkingsplicht,...)(38) anderzijds. Het komt erop aan te zien of de vereisten die aan arbitrage gesteld worden zinvol zijn gezien de aard van de bindende derdenbeslissing. P. Sanders(39) noemt als minimale vereisten het recht gehoord te worden (*audiatur et altera pars*)(40), de

(35) Art. 1697,2 Ger.W.; HUYS en KEUTGEN, o.c., nr. 159 e.v., p. 148 e.v.

(36) Het onderscheid is heel duidelijk in het verschil tussen BGB § 315,3 — „nur verbindlich wenn sie der Billigkeit entspricht” — en § 319,1 — „nicht verbindlich wenn sie offenbar unbillig ist”. Anders echter RONSE, J., „Marginale toetsing”, *T.P.R.* 1976, 214 e.v.

(37) Vgl. artt. 1678,1 en 1690-92 Ger.W.

(38) Vgl. HABSCHIED, 2. *FS Lehmann* 1956, II, 809; KTS 1955,34.

(39) „La technique de l'arbitrage comme procédé de revision des contrats”, *Rapports néerlandais pour le dixième congrès de droit comparé*, Budapest, 1978, 119.

(40) Ook vereist in het IKK-reglement voor technische expertise, art. 6, 1a.

behandeling der partijen op gelijke voet, en de tegensprekelijkheid der gebruikte stukken. In het IKK-reglement betreffende aanpassing van kontrakten kan men ongeveer dezelfde minstvereisten terugvinden(41). Met Polak kan gesteld worden dat inderdaad slechts minstvereisten moeten gesteld worden. Anders wordt de bindende derdenbeslissing opnieuw een loodzware instelling die zichzelf doodt.

11. Wie kan derde-beslisser zijn en hoe wordt hij aangeduid?

Voor de bekwaamheid om derde-beslisser te zijn kan nuttig vergeleken worden met art. 680 Ger.W. Doch er lijkt geen reden te zijn om leden van hoven, rechtbanken, parketten en griffie uit te sluiten als derde-beslisser, zoals hen weliswaar volgens art. 298 Ger.W. verboden wordt als bezoldigd scheidsrechter op te treden. Het lijkt evenmin nodig personen zonder kiesrecht uit te sluiten.

Het aantal moet, anders dan bij arbitrage, niet noodzakelijk oneven zijn.

De benoeming van de derde wordt heel dikwijls aan een instelling overgelaten, althans in bedingen tot derdenbeslissing. Dikwijls betreft het de kamer van koophandel, of een vast kollege zo dit voorhanden is. De aanduiding van de derde kan verder aan de rechtbank worden overgelaten. Deze aanduiding behoort tot de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of van koophandel, en wel op grond van art. 584, 2 en 3 Ger.W. (voor arbitrage op grond van de *lex specialis* van art. 1684 Ger.W.). Ook kan de partij die zijn medewerking bij de aanduiding van de derde weigert, daartoe mogelijks door middel van een dwangsom gedwongen worden.

12. Hoe moet de derde beslissen?

Zo de partijen geen andere maatstaven aanleggen, beslist de derde naar billijkheid(42). In de mate waarin het om een meer feitelijke beslissing gaat, neemt het billijkheidskriterium mogelijks konkretere vormen aan, zoals bijvoorbeeld de nauwkeurigheid in de bepaling van schade e.d. Verdere maatstaven kunnen gevonden worden in de algemene voorwaarden of gebruikelijke bedingen(43). Anders dan in

(41) Zie STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, Bijlage I, ad. art. 9; zie nog NICKLISCH, „Instrumente”, *RiW*, 1978, 642; ROSENBERG-SCHWAB, *Lehrbuch*, 1094 e.v.

(42) Vgl. BGB § 317 „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist”, en Italiaanse C.C. 1349, 1 (hoger aangehaald).

(43) Vgl. de Italiaanse C.C. 1349, 3 (hoger aangehaald).

Duitsland of Italië(44) zou een niet-toetsbare beslissing, dit is naar het *merum arbitrium* van de derde, niet mogelijk zijn in kontraktuele verhoudingen zo niet aan alle wezenlijke vereisten der formele arbitrage is voldaan, en namelijk aan die van de arbitrage „als goede mannen naar billijkheid” en nooit op grond van een toetredings- of statutair beding. Argumenten voor deze beperking van het *merum arbitrium* zijn de dwingende vereiste van goede trouw — duidelijk gesteld in de aangehaalde tekst van Domat —, de vereiste van voldoende bepaaldheid der kontraktuele rechtsverhouding, en het feit dat deze niet-toetsbare vormloze arbitrage niets anders is dan de „amiable composition” die door de wet als een vorm van formele arbitrage beschouwd wordt (art. 1019 van de oude code de procédure civile, waarop nog gezinspeeld wordt door art. 1700 Ger.W.).

Behalve dit verschil in toetsbaarheid verschilt de bindende derdenbeslissing van de formele arbitrage doordat zij in beginsel naar billijkheid genomen wordt, terwijl scheidsrechters volgens de regelen des rechts oordelen, tenzij overeengekomen werd dat zij als goede mannen naar billijkheid (*amiables compositeurs*) zullen oordelen. Dit laatste kan echter niet vooraf bedongen worden, maar slechts in een scheidsrechterlijk kompromis overeengekomen(45). De vraag is wel in welke mate dit verschil voor kontraktuele verhoudingen iets kan uitmaken. Zij worden immers alle beheerst door de vereiste van goede trouw (B.W. 1134,3), wat precies betekent dat zij niet volgens het *ius strictum* maar *ex bona fide* worden beoordeeld. Doch, zoals reeds gezegd, de Belgische rechtspraak blijkt haar taak in dit opzicht anders op te vatten. Vandaar dat ook voor die verhoudingen die door de goede trouw beheerst worden, het onderscheid konkreet voelbaar kan blijven.

Zo men dan ook een oordeel naar billijkheid vooraf bedingt, kan dit volgens de wet niet de kracht hebben van een uitvoerbare scheidsrechterlijke beslissing, maar slechts een bindende derdenbeslissing vormen. Wel kan deze derdenbeslissing niet-toetsbaar zijn, zo dit uitdrukkelijk werd gesteld, en aan de vormen der arbitrage werd voldaan en dan vormt zij een niet-uitvoerbare scheidsrechterlijke beslissing (vgl. de *arbitrato libero* of *irrituale* en het *merum arbitrium* van de Italiaanse C.C. en het BGB).

Haar kracht kan men vergelijken met die van een dading. Hoe dan ook blijft de bindende derdenbeslissing dus een nuttige figuur voor vragen die niet met zwart of wit kunnen beantwoord worden.

(44) Zie de Italiaanse C.C. 1349, 1 alsook BGB § 319, 2.

(45) Art. 1700 Ger.W.

Het Duitse recht stelt in BGB 317,2 als regelend recht dat een beslissing die door meerdere derden dient te worden genomen, éénstemmig moet worden genomen. Wat België betreft, kan minstens gesteld worden dat een beslissingskollege van twee personen de vereiste van eenstemmigheid inhoudt.

§ 6. Rechterlijke toetsing

13. Verweermiddel van overeenkomst tot bindende derdenbeslissing.

Het beding of kompromis tot bindende derdenbeslissing verschaft net zoals het scheidsrechterlijk beding of kompromis de partij die vóór het uitbrengen van deze beslissing in rechte gedagvaard wordt een opschortend verweermiddel van onontvankelijkheid(46). Zo kan geen aanstelling van deskundige meer gevraagd worden(47). Het middel is *in limine litis* op te werpen, behalve in geval van kompromis tijdens het geding gesloten (dat werkt opschortend). Natuurlijk kan de rechter steeds de geldigheid van het beding of kompromis toetsen.

14. Toetsing van de beslissingsbevoegdheid van de derde.

Vooreerst kan de rechter toetsen of de verhouding wel vatbaar was voor bepaling door een derde, en of de derde tot die beslissing bevoegd was en de partijen eraan gebonden.

De eerste toetsing is dezelfde als in geval van dading. Zo de verhouding niet vatbaar was voor dading behoort haar beoordeling tot de uitsluitende bevoegdheid van de overheidsrechter, en heeft de derdenbeslissing geen enkele rechtelijke waarde(48).

De tweede toetsing gaat na of de derdenbeslissing een voldoende grondslag heeft om de partijen te verbinden (in geval van obligatoire werking) of jegens hen tegenstelbaar te zijn (in geval van zakelijke werking). Gaat het om een konventionele derdenbeslissing, kan het beding of kompromis waarop het steunt getoetst worden op zijn geldigheid(49). In geval van ongeldigheid daarvan wordt de partijverhouding door de rechter bepaald — al zal een verstandig rechter dikwijls de raad van een deskundige inroepen. Gaat het om een

(46) STORME, M., o.c., T.P.R. 1984, nr. 37; Rb. Den Haag, 27 november 1931, W. 10, 300; SANDERS, P., *Aantasting van arbitrale vonnissen*, Leiden 1940/45, 3-4; HABSCHEID, 2. FS *Lehmann*, 806: die Klage ist unzulässig.

(47) Vz. Rb. Tongeren 3 juni 1985, te publiceren in Limburgs Rechtsleven.

(48) Vgl. art. 1704, 2b) Ger.W. betreffende arbitrage.

(49) Vgl. art. 1704, 2c) Ger.W. betreffende arbitrage.

testamentaire derdenbeslissing, kan het testament getoetst worden, de delegerbaarheid van de beslissingsbevoegdheid, en natuurlijk ook de onaangetastheid van het voorbehouden gedeelte.

Het wetens niet-opwerpen van de ongeldigheid geldt echter als bekrachtiging of erkenning van de bevoegdheid(50).

De vraag kan echter ook rijzen of de min of meer feitelijke voorwaarden waaraan de bevoegdheid van de derde en dus de verbindendheid van zijn beslissing, verbonden werd, vervuld zijn(51). Zo kan de derde bevoegdheid verleend worden voor het geval zich al dan niet nader omschreven onvoorziene omstandigheden die het evenwicht tussen de partijen verstoren voordoen. De vraag is dan door wie en hoe beoordeeld wordt of dit het geval is. Het is duidelijk dat in eerste instantie de derde zelf oordeelt over zijn bevoegdheid, zodra de meest gereede partij hem om een beslissing verzoekt. De rechterlijke toetsing daarentegen zal ons inziens volledig of slechts marginaal zijn naargelang de precieze dan wel vage omschrijving van die voorwaarden. Het oordeel of de voorwaarden vervuld zijn veronderstelt immers meestal evenzeer een inhoudelijke waardering als het voorstellen van de oplossing ervoor.

15. Gebrek aan óf onvolledigheid van de beslissing van de derde. Zo de derde de opdracht weigert, de aanvaarde opdracht niet uitvoert of geen uitspraak doet over bepaalde punten die niet kunnen gescheiden worden van diegene waarover hij wel beslist heeft, kan door de betrokken partijen, en zo zij het niet eens worden, door de rechter, een andere derde aangesteld worden. Aanwijzing door de partijen is echter onmogelijk zo het gaat om een testamentaire derde-beslisser die bepaalde legatarissen nominatim moet aanduiden. Verder kan een derde op wiens *merum arbitrium* vertrouwd werd of die anderszins *intuitu personae* werd aangeduid slechts vervangen worden door degenen die hem aangesteld hebben — de onmogelijkheid daarvan brengt desgevallend de nietigheid van het gehele kontrakt met zich mee.

De rechter zou een termijn kunnen voorschrijven waarbinnen de derde die de opdracht aanvaard heeft, zijn beslissing moet nemen, al dan niet onder verbeurte van een dwangsom. Doch zo de partijen de derde van elke termijn hebben vrijgesteld, kan dit in elk geval niet

(50) Vgl. art. 1704, 4 Ger.W. betreffende arbitrage.

(51) Zie hierover ook BONELL, M.J. *l.c.*, 236-237.

geschieden bij dringende en voorlopige of bewarende maatregel (kort geding, zoals art. 1679, 2 Ger.W. voor arbitrage)(52).

16. Inhoudelijke toetsing

Een inhoudelijke toetsing kan geschieden op grond van de openbare orde, op grond van de handeling die aan de bevoegdheid van de derde ten grondslag ligt, of op grond van de regels die de te bepalen partijverhouding beheersen.

De handeling waarop de derdenbeslissing steunt geeft de maatstaven aan voor zijn beslissing, en de rechter kan toetsen of deze maatstaven werden aangehouden. Zo geen andere maatstaf gesteld wordt, moet de derde beslissen naar billijkheid(53). Dit betekent echter nog niet dat de rechter zijn persoonlijk oordeel over de billijkheid in de plaats mag stellen van dat van de derde. Is geen maatstaf opgegeven, of is de maatstaf die aan de derde opgegeven wordt een vage, een blanco-maatstaf, zoals de billijkheid, dan is de toetsing slechts marginaal, dit wil zeggen wordt getoetst of de beslissing kennelijk of klaarblijkelijk onredelijk of onbillijk is (*manifesta iniquitas*). Dit geval wordt uitdrukkelijk gesteld in art. 1854 C.C., zoals in BGB §319 en in de Italiaanse C.C. 1349, 1(54). Deze marginale toetsing is in beginsel niet anders bij de beoordeling van kontraktuele partijverhoudingen zelf, doch zoals gezegd beperkt het Belgisch hof van cassatie de rechterlijke *gestaltungsmogelijkheden* daar tot bepaalde criteria van rechtsmisbruik. Marginale toetsing is wel in voege op de besluiten van organen van vennootschappen (waaronder dus de statutaire derdenbeslissing).

Doch het is niet uitgesloten dat de partijen konkretere of preciezere maatstaven opgeven, en de beslissing kan daaraan dan ook preciezer getoetst worden(55). De derdenbeslissing kan dan wegens bevoegdheidsoverschrijding onverbindend verklaard worden, zoals dit zowel in de arbitrage(56) als in de lastgeving het geval is.

Zo de derde volledig vrij spel gegeven wordt — wat zoals gezegd maar bindend is zo aan alle wezenlijke vereisten der arbitrage als goede mannen naar billijkheid voldaan is — blijft in elk geval nog de

(52) Vz. Rb. Tongeren, 3 juni 1985.

(53) Vgl. BGB § 317, 1 „nach billigem Ermessen”; C.C.I. 1349, 1 „con equo apprezzamento”.

(54) Waar de *arbitrato irrituale* nog marginaler, dit is omzeggens niet, getoetst wordt. Dit is verklaarbaar als uitweg uit de zeer restriktieve en formalistische Italiaanse arbitragewetgeving vóór 1983.

(55) Vgl. HABSCHIED, 2. FS Lehmann, 799.

(56) Het hanteren van de verkeerde maatstaf wordt gekonstrueerd als bevoegdheidsoverschrijding onder art. 1704, 2d) Ger.W.

aanvechting op grond van kwade trouw van de derde (opzet) mogelijk(57).

In andere dan kontraktuele verhoudingen kan het soms wel voorvallen dat een derde niet door de betrokken partijen werd aangesteld en niet aan de billijkheid gebonden werd, maar de partijen jegens elkaar wel door de goede trouw verbonden zijn (bijvoorbeeld de erfgenamen of legatarissen onder elkaar). Alsdan zou het mogelijk zijn de derdenbeslissing buiten het geval van kwade trouw van de derde toch ook voor de partijen onverbindend te verklaren in geval van kennelijke onredelijkheid van de beslissing, omdat de vereiste der goede trouw de ene partij belet de andere aan een kennelijk onredelijke beslissing te houden. Dit is de konstruktie die de Nederlandse Hoge Raad ook voor de andere gevallen van kennelijke onredelijkheid gebruikt heeft, hoewel zij daarvoor o.i. nodeloos omslachtig is(58).

De openbare orde tenslotte dient, zoals bij arbitrage, vrij eng te worden begrepen(59). Zij omvat niet alles wat men op grond van de objektieve goede trouw kan verlangen, ook al kan men zeggen dat de vereiste van goede trouw van openbare orde is. De openbare orde machtigt de rechter dus niet tot een volledige toetsing, zo de partijen daarvoor geen preciezere maatstaven hebben opgegeven dan de goede trouw of billijkheid. Een dergelijke ruime opvatting van openbare orde zou de zelfstandigheid van de scheidsrechterlijke uitspraak of van de bindende derdenbeslissing volledig teniet doen.

Ook wat er in geval van vernietiging van de beslissing dient te geschieden hangt ons inziens af van de maatstaf die aan de derde werd opgegeven. In de meeste landen wordt ervan uitgegaan dat de rechter zijn eigen beslissing in de plaats stelt van de vernietigde beslissing, tenzij de derde een volledige vrijheid werd gegeven, in welk geval de nietigheid wordt uitgesproken(60). Voor het eerste geval is echter ook de aanstelling van een andere derde een mogelijke oplossing. Immers, de derde wordt dikwijls aangesteld om vragen te

(57) Vgl. de Italiaanse C.C. 1349, 2.

(58) Zie STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 36. Zie ook VAN ITTERSUM, o.c., 41-43.

(59) Art. 1704, 2a) Ger.W. betreffende arbitrage.

(60) Bv. NBW 7.15.5.2 m.b.t. de vaststellingsovereenkomst — waaronder het bindend advies in het nieuw burgerlijk wetboek zou geplaatst worden —: de rechter kan zelf beslissen, tenzij uit de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen. Voor Duitsland, zie BGB § 319,1 „Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil”. HABSCHIED, 2. *FS Lehmann*, 794, maakt de nuance dat de rechter in de plaats van de derde beslist in geval van vernietiging van een „rechtsbegründendes Schiedsgutachten” en gewoon op grond van de oude verbintenis oordeelt in geval van een bestaande rechtsverhouding en „rechtsänderndes Schiedsgutachten”.

beantwoorden waarvoor de rechter zich precies ongeschikt acht of waarvoor hij ongeschikt beschouwd wordt. Men kan zich dus op de aard van de beslissing beroepen om in die gevallen een nieuwe derdenbeslissing uit te lokken. In de Franse traditie wordt overigens een wijziging van de verhouding door de rechter altijd veel ingrijpender beschouwd dan een vernietiging of ontbinding van de verhouding (d.i. van het kontrakt); anderzijds is noch het terugvallen op de bestaande toestand (dus een vernietiging van de beslissing zonder de onderliggende verhouding te ontbinden), noch het vervallen van de verbintenis wegens onbepaaldheid, en daarmee meestal ook het vervallen van de tegenverbintenis, dus van de gehele verhouding, in overeenstemming met de partijwil, die precies mechanismen heeft voorzien voor een voortzetting van de partijverhouding. De meest elegante oplossing zou er dus in al die gevallen in bestaan om, zo een of beide partijen erom verzoeken, een nieuwe derde aan te stellen of te laten aanstellen, zeker zo in de partij-overeenkomst de derde niet *nominatim* werd aangeduid, maar slechts zijn wijze van aanstelling(61).

17. Toetsing van de minimale of voorgeschreven procedurevereisten.

Tenzij het om overeengekomen procedurevereisten gaat (en dan nog) zou voor een vernietiging moeten voldaan zijn aan de voorwaarde van art. 862 Ger.W., namelijk dat de miskenning enig nadeel heeft berokkend. Zo de beslissing ook aan de volledige toetsing der billijkheid voldoet, zou zij dus niet mogen vernietigd worden. De beslissing die niet aan de procedurevereisten voldoet wordt dus in zekere zin behandeld als een volledig toetsbare partijbeslissing.

De mogelijkheden na nietigheid op deze gronden zijn dezelfde als hierboven.

18. Andere vernietigingsgronden.

Ook de andere gronden voor aantasting van scheidsrechterlijke uitspraken kunnen tegen bindende derdenbeslissingen gebruikt worden. Hier kunnen nog vermeld worden het steunen op valse bewijsmiddelen(62), het later verschijnen van nieuwe bewijsmiddelen(63),

(61) Zie voor een vergelijkbare oplossing voor een ander probleem het reeds aangehaalde arrest van Paris, 28 september 1976.

(62) Vgl. art. 1704, 3b) Ger.W. betreffende arbitrage.

(63) Vgl. art. 1704, 3c) Ger.W. betreffende arbitrage.

de dwaling van de derde(64), en het bedrog van de derde door een van de partijen(65).

19. Aansprakelijkheid van de derde-beslisser.

Een scheidsrechter is evenmin als de rechter aansprakelijk voor fouten in zijn beslissing, ook al berust zijn scheidsrechterlijke opdracht op kontraktuele grondslag(66). De kontraktuele grondslag van de bindende derdenbeslissing geeft dan ook geen uitsluitel over de aansprakelijkheid, temeer daar zij niet tot een lastgeving kan herleid worden (zie hieronder § 9). Zo de derde de eenmaal aanvaarde opdracht helemaal niet of onvolledig uitvoert, zou hij wel in schadevergoeding kunnen aangesproken worden. Zo hij ze uitvoert, maar zijn beslissing door de rechter vernietigd wordt, is het minder duidelijk. Indien de aansprakelijkheid in dat geval mogelijk is — namelijk voor schade door de vertraging — moet in elk geval voor de graad een onderscheid gemaakt worden naargelang de opdracht al dan niet bezoldigd is (volgens de algemene regel die over meerdere bepalingen van het B.W. is uitgestrooid).

§ 7. De wetmatigheid van de bindende derdenbeslissing

20. Een beding of kompromis tot bindende derdenbeslissing is niet in strijd met de grondwet die voorziet dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent (art. 8), vermits de derdenbeslissing dezelfde toestemming der partijen vereist als een scheidsrechterlijk beding en in elk geval buiten die toestemming geen gezag van gewijsde heeft en in rechte slechts aanleiding kan geven tot een opschortend middel van onontvankelijkheid en dit zolang de derde zijn beslissing niet heeft genomen.

Ook de wettelijkheid kan, zoals in § 1 aangegeven, niet in twijfel worden getrokken.

§ 8. Bindende derdenbeslissing en arbitrage

Na deze uiteenzetting kunnen de verschillen met arbitrage nog even op een rijtje gezet worden(67).

(64) Vgl. art. 2058 C.C. betreffende de verbetering van rekenfouten in geval van dading; Italiaanse C.C. 1349, 1 over de „determinazione erronea” door de derde.

(65) Vgl. art. 1704, 3a) Ger.W. voor arbitrage en art. 2053 C.C. voor dading.

(66) Zie nochtans STORME, M., „Wie berecht de onoordeelkundige rechter”, in *Feestbundel F. Dumon*.

(67) Zie STORME, M. o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 50.

21. Verschil in mogelijkheden.

De mogelijkheden der bindende derdenbeslissing zijn ruimer(68). *Ratione personae* is dergelijke oplossing mogelijk in verhoudingen met de overheid. *Ratione materiae* kunnen meningsverschillen die geen geschil vormen alsook opdrachten tot aanvulling of wijziging van een overeenkomst, kwaliteitsarbitrages of bindende expertises aan een derde toevertrouwd worden — waarover in geval van arbitrage dan toch twijfel bestaat. Verder kan de uitspraak naar billijkheid ook vóór het rijzen van een geschil bedongen worden.

22. Verschil in vereisten.

Qua procedure zijn er minder vereisten, zowel betreffende de totstandkoming van de overeenkomst (vormvrij), de aanstelling van de derde (even aantal derden mogelijk) als de totstandkoming van de beslissing.

23. Verschil in rechtsgevolgen.

Het voornaamste verschil is natuurlijk dat de derdenbeslissing geen uitvoerbare titel kan worden door middel van een exequatur. Normaal heeft zij geen gezag van gewijsde en sluit zij een, weliswaar beperkte, inhoudelijke toetsing niet uit.

Verder zijn ook de mogelijkheden van bewijsinstructie beperkter. (voor arbitrage zie Ger.W. 1696).

24. Criteria voor het onderscheid in de gevallen waar beide mogelijk zijn(69).

Om exequatur te verkrijgen moet natuurlijk aan alle vereisten voor een geldige arbitrage voldaan zijn. Doch niet alle beslissingen die daaraan formeel voldoen kunnen naar hun aard als formele arbitrage, met mogelijkheid van exequatur, beschouwd worden.

Traditioneel werd in Duitsland het criterium voor de onderscheiding dan gezocht in de opdracht van de derde: een beoordeling van de gehele rechtsverhouding zou een arbitrage vormen, een bepaling van afzonderlijke elementen daarvan zou louter kontraktuele werking

(68) Zo ook HABSCHEID, „L'expertise-arbitrage”, in *International Arbitration*, L.A. für M. Domke, 1964, 112.

(69) Voor de geschiedenis van het onderscheid, zie CLAVAREAU, o.c., 142-185.

hebben(70). De grenzen zijn echter zo vaag dat naar een ander criterium gezocht wordt, begrepen als de „partijwil”. Het gaat slechts om arbitrage zo de partijen de mogelijkheid van exequatur „gewild” hebben, in geval van twijfel zou het slechts om een bindende derdenbeslissing gaan (71). Ook zal het steeds om een toetsbare bindende derdenbeslissing en geen formele arbitrage gaan zo de rechterlijke (marginale) toetsing niet duidelijk werd uitgesloten.

25. Konversie van ongeldige arbitrage in bindende derdenbeslissing. Zo niet aan alle vereisten voor een geldige scheidsrechterlijke beslissing voldaan is, maar wel aan die van een bindende derdenbeslissing kan deze laatste aangenomen worden(72).

§ 9. Bindende derdenbeslissing en andere kontraktuele instrumenten

26. Geen der klassieke rechtsfiguren biedt dezelfde mogelijkheden als de bindende derdenbeslissing. Zij kan dan ook niet tot een van de andere figuren herleid worden.

Het verschil met een dading is duidelijk: daar wordt de beslissing door de partijen getroffen(73). Ook is voor dading een „geschil” vereist (zie hoger).

Het deskundigenonderzoek kan een bindende derdenbeslissing vormen, namelijk wanneer ze bindend is. Zo spreekt men in het Franse recht van *expertise irrévocable*. Beter ware het dan minstens de uit het Duits overgenomen Zwitserse term *expertise-arbitrage* te gebruiken. Doch niet elke *expertise amiable* moet „onherroepelijk” zijn, zelfs niet wanneer partijen of de rechter verplicht zijn een deskundigenonderzoek te laten plaatsvinden. Zo men over het begrip bindende derdenbeslissing beschikt is het minnelijk deskundigenonderzoek, in het Italiaans *perizia contrattuale*, geen afzonderlijke rechtsfiguur meer. Zij is ofwel lastgeving ofwel bindende derdenbeslissing.

(70) Zie de verwijzing in LOEWENHEIM, „Arbitrage als Verfahren zur Vertragsrevision”, in *Deutsche zivil- kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. internationale Kongreß für Rechtsvergleichung*, Budapest, 1978, 80; WEICK, „Vorbeugung und Beilegung von Konflikten in internationalen Verträgen”, in *FS H. Coing*, 1982, II, 551; SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 3e uitgave 1979, 6.

(71) Vgl. voor Duitsland LÖWENHEIM, a.w., 82 en HABSCHIED, 2. *FS Lehmann*, 796-797 en noot 33. Meer algemeen, met verwijzing naar het Engels recht, BERNINI, „Les techniques...”, *D.P.C.I.* 492.

(72) Zie CLAVAREAU, o.c., 299 e.v., m.b. 307. Deze konversie is voorzien in het reglement van het Nederlands instituut voor arbitrage.

(73) Zie STORME, M., o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 48.

Anderzijds blijven de mogelijkheden van een bindende derdenbeslissing hoegenaamd niet beperkt tot de traditionele gevallen van minnelijk deskundigenonderzoek. Zij kan ook het recht betreffen, niet alleen feitelijke elementen. Zij moet ook niet gemotiveerd zijn.

Wel kan opgemerkt worden dat de bindende derdenbeslissing bijzonder nuttig kan zijn ter vermindering van tijdrovende processen, die in de praktijk bijna uitsluitend op grond van een deskundigenonderzoek beslecht worden.

De bindende derdenbeslissing kan evenmin tot de uitvoering van een lastgeving door de partijen herleid worden. Dit is nochtans de traditionele kapstok(74). De bevoegdheid van de derde berust echter niet op één der partijen, maar ofwel op alle partijen, of op een ander die bevoegdheid heeft de partijverhouding te bepalen. Zij kan dan ook niet door één partij herroepen worden, maar slechts met instemming van alle partijen. Verder is de derde géén verantwoording verschuldigd ten opzichte van de partijen.

§ 10. Besluiten en aanbevelingen

27. Ook naar Belgisch recht is de bindende derdenbeslissing een door de rechtspraktijk geboetseerde figuur, waarvan de omlijning weliswaar niet de precisie van de wettelijk geregelde arbitrage heeft, maar die het bewijs geleverd heeft een juridisch kunstwerkje te zijn, dat vandaag bijzonder waardevol geworden is. Voor de mogelijks nog ontbrekende elementen kan de rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking meer dan voldoende uitsluitsel brengen.

De bindende derdenbeslissing heeft net als de formele arbitrage voldoende autonomie verworven om een eigen plaats in te nemen naast de klassieke kontraktuele en andere rechtsfiguren. Zij moet niet tot een of meer andere figuren teruggebracht worden, ook al willen de meeste auteurs dit niet onderkennen(75). Zij is op dit ogenblik evenzeer ontgroeid aan de lastgeving als eerder reeds de vertegenwoordiging of volmacht daaruit loskwam.

Zij biedt het grote voordeel vrij informeel en snel te kunnen verlopen, en zonder markante uitzonderingen voor elk meningsverschil tussen

(74) DE PAGE, V, nr. 364; VAN GERVEN, „Langdurige overeenkomsten”, 377 en 400. Vgl. HABSCHEID, „L'expertise-arbitrage”, 110 in noot; BERNINI, „Les techniques...”, *D.P.C.I.*, 633.

(75) In zijn zopas verschenen *Traité de l'expertise*, Brussel 1985, klasseert P. LURQUIN de „expertise amiable irrévocable” als een huur van diensten (sic) gekoppeld aan een lastgeving (resic). Behalve HUYS en KEUTGEN, o.c., nr. 25, heeft overigens vermoedelijk geen enkel franstalig auteur in België ooit van bindend advies gehoord.

partijen nopens verhoudingen die ter hunner vrije beschikking staan in aanmerking te komen. Het is vermoedelijk de meest soepele figuur om tussen partijen elke welkdanige oplossing tot stand te brengen. Een wettelijke regeling dringt zich in deze niet op. De vereisten voor de geldigheid van de rechtshandeling waaruit de beslissing haar bindende kracht put, en enkele minimale vereisten voor de behoortelijkheid van het optreden van de derde, maken een voldoende effectieve, weze het marginale, rechterlijke controle mogelijk.

Tenslotte ligt de bindende derdenbeslissing in de lijn van recente ontwikkelingen en noden. Nog minder agressief dan de arbitrale rechtspraak, nog beter gericht op een vreedzame regeling tussen partijen, komt zij ook tegemoet aan de wens om te dereguleren en problemen die alleen de partijen aangaan niet meer aan de overheidsrechter voor te leggen.

Men kan zich hierbij natuurlijk ook vragen stellen over de ontwikkeling van recht en gerecht. De oorspronkelijke betekenis van de overheidsrechter heeft helaas een deel van zijn slagkracht verloren. Niet alles kan vandaag nog door de rechter worden opgelost, net zomin als de wet alles kan regelen.

De arbitrage heeft ongetwijfeld een reusachtige opgang gekend en meestal geleid tot uitspraken die haast vanzelfsprekend geëerbiedigd werden. Scheidsrechterlijke uitspraken zijn daardoor bijna een stilzwijgende afkeuring van onze „Rechtsmiddelstaat” geworden. Ook in de nieuwe rechtsregels wordt het overheidsrecht minder exclusief gemaakt⁽⁷⁶⁾ en wordt meer ruimte gelaten voor zelfstandig optreden der rechtsgenoten.

In die zin kan men stellen dat de bindende derdenbeslissing behoort tot de juridische subcultuur, die zich grotendeels onttrekt aan het gezichtsveld van de officiële „Juristerei”,⁽⁷⁷⁾. Ook dit is een ontwikkeling die tot nadenken moet stemmen.

(76) Zie reeds in die zin DAVID, R. „Arbitrage du 19ième siècle et arbitrage du 20ième siècle”, in *Mélanges R. Savatier* (1965), 219 e.v.

(77) Dit naar analogie met wat HÖCKER schrijft over arbitrage als „een enorme, juridische subcultuur die zich grotendeels onttrekt aan het gezichtsveld van de gemiddelde advocaat” (*Tijds. voor arbitrage*, 1984, 169).

SOMMAIRE

LA TIERCE DECISION OBLIGATOIRE EN DROIT BELGE

Bien que la chose ait rarement été décrite et étudiée, le système de droit belge permet de façon très large de laisser à la décision d'un ou plusieurs tiers, la détermination d'un rapport de droit relevant de la libre disposition des parties, et ce en vue de terminer ou plus particulièrement encore de prévenir une contestation. La pratique du droit belge fait du reste très largement usage de cette possibilité, bien qu'elle la masque souvent sous d'autres appellations ou constructions. Au colloque du Cepani du 10 octobre 1984, on s'est mis d'accord pour appeler cette possibilité la tierce décision obligatoire („bindende derdenbeslissing”).

I. IMPORTANCE

Une telle tierce décision ne peut obtenir force exécutoire au moyen d'un exequatur, comme c'est le cas d'une sentence arbitrale, mais a la force obligatoire d'une convention, cette force obligatoire pouvant être génératrice ou modificatrice d'obligations ou d'effets réels. Normalement, elle n'a pas non plus l'autorité de chose jugée, comme c'est le cas d'une transaction entre les parties elles-mêmes. Pourtant, elle possède des atouts certains en comparaison avec les juridictions étatiques et l'arbitrage d'une part, et une procédure de transaction d'autre part.

Tout d'abord, il y a nombre de problèmes pour lesquels une solution judiciaire est juridiquement impossible ou à tout le moins inadéquate, comme par exemple l'adaptation, la révision ou le supplément d'obligations contractuelles, le partage en nature d'une succession, la constatation de la qualité de certaines choses, la détermination du montant d'un prix ou d'une indemnité, ou plus simplement la solution d'incertitudes sans qu'il y ait à leur égard une véritable contestation. Même au cas où des problèmes de ce genre pourraient être résolus par le juge ou l'arbitre, ce ne sera qu'au terme de longues procédures et expertises. La tierce décision obligatoire, qui n'est pas liée à des formalités, peut donner une solution rapide et pourtant experte, en ce compris dans ces cas où existe sans conteste la possibilité d'une solution judiciaire ou arbitrale.

Enfin, ni les personnes de droit public, ni les contestations en matière de travail, ne sont a priori exclues de l'application de la tierce décision obligatoire, comme elles le sont de l'arbitrage.

II. FONDEMENT JURIDIQUE ET CONDITIONS DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA TIERCE DECISION

La force obligatoire d'une tierce décision se fonde sur un acte juridique valable de la personne ou des personnes ayant la pouvoir de prendre elles-mêmes cette décision, et par lequel elles transfèrent ce pouvoir à un tiers. Le fondement juridique de cette force obligatoire se situe donc exclusivement dans l'autonomie des parties sous une de ces formes. On peut distinguer les possibilités suivantes:

— La tierce décision conventionnelle, fondée sur une convention entre les parties intéressées par le rapport de droit. La validité d'une telle convention est incontestable; on en trouve des cas spécifiques aux articles 1592, 1716 et 1854 du C.C., et l'on en retrouve le principe général aussi bien dans les „loix civiles” de Domat que dans le code civil italien et le code civil allemand. La règle de l'article 1129 du C.C., qui

exige une chose certaine comme objet de l'obligation contractuelle, ne peut porter atteinte à la possibilité de déterminer une telle obligation par ce moyen. Cette convention peut être soit un compromis de tierce décision, c'est-à-dire qu'il intervient après la naissance ou l'individualisation d'une contestation, soit une clause de tierce décision. Dans ce dernier cas, il faut, selon nous, distinguer entre les clauses arrêtées entre parties disposant d'un égal pouvoir de négociation (*equality of bargaining power*) et les clauses d'adhésion, celles-ci impliquant des conditions plus sévères auxquelles il doit être satisfait.

— Une autre sorte de tierce décision généralement conventionnelle mais à caractéristiques propres, est la tierce décision statutaire ou juridiction d'association.

— Il y a aussi la tierce décision testamentaire pour déterminer le destinataire d'un legs, pour interpréter un testament ou pour régler le partage d'une succession. Sa force obligatoire repose sur le droit du testateur de disposer librement de ses biens dans les limites de la quotité disponible. Dans ce cas également, la règle imposant que les legs soient déterminés, ne peut rendre impossible toute sorte de tierce décision.

— Enfin, il y a certaines possibilités de tierce décision judiciaire, prévues ou ordonnées par le juge.

Pour rendre la tierce décision obligatoire, l'acte sur lequel se fonde le pouvoir du tiers de lier les parties, doit satisfaire à toutes les conditions pour être lui-même obligatoire, comme la capacité d'agir, les formalités requises, etc. Il se recommande cependant de considérer séparément la clause de tierce décision, pour que la nullité de l'acte global n'entraîne pas nécessairement celle de la clause.

— Outre une telle transmission de pouvoir, la tierce décision doit, pour être obligatoire, satisfaire elle-même à certaines conditions. Le tiers doit être impartial, expert et avoir la capacité d'agir; il doit respecter la procédure prescrite par les parties; il doit appliquer leurs critères et, si elles n'ont pas établi de critères plus précis, décider dans les limites du raisonnable et de l'équité. Sa décision ne peut être discrétionnaire (*arbitrium merum*), sauf si cela a été stipulé expressément, et doit satisfaire à toutes les conditions de l'arbitrage en amiable composition.

III. NATURE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA TIERCE DÉCISION ET SON CONTRÔLE JUDICIAIRE

La tierce décision peut avoir la même force obligatoire que l'acte juridique sur lequel elle se fonde. Ainsi, la tierce décision conventionnelle peut avoir des effets obligatoires (création, modification ou extinction d'obligations) ou réels. D'autre part, une distinction entre effets matériels et de procédure — ce qui exigerait de qualifier la tierce décision soit comme une convention de fixation (*„vaststellingsovereenkomst”*) soit comme une convention sur la preuve, et d'établir ainsi une distinction très nette entre les deux —, est selon nous impossible dans notre système de droit et dépourvu d'importance réelle pour l'unique question en jeu, c'est-à-dire celle des modalités du contrôle par le juge.

Quelles sont ces possibilités de contrôle et de censure par le juge?

— Si le rapport de droit ne relève pas de la libre disposition des parties ou si le tiers n'a pas obtenu le pouvoir de lier les parties par sa décision, le juge tranchera lui-même la contestation.

— Si le tiers refuse la mission ou ne la remplit pas, et que les parties ne se mettent pas d'accord pur nommer son remplaçant, le juge en nommera lui-même un autre, si cela est possible (exception faite donc du cas de nomination *„intuitu personae”*).

— Si le tiers ne respecte pas la procédure minimale ou prescrite par les parties, ou n'applique pas les critères établis par elles, ou, en l'absence de critères précis, ne reste pas dans les limites du raisonnable et de l'équité, le juge peut annuler la décision. Mais comme le tiers a un certain pouvoir discrétionnaire à l'intérieur de ces limites du raisonnable et de l'équité, le contrôle judiciaire n'est que marginal et le juge n'annulera que la décision manifestement déraisonnable ou inéquitable (cfr. l'article 1854 du C.C.). Dans ces cas, il est donc à recommander que le juge nomme un autre tiers.

— On ne peut exclure a priori une responsabilité du tiers sur base des règles du mandat.

VI. CONCLUSIONS

La tierce décision obligatoire est une construction juridique indépendante qui n'a pas besoin de qualification comme mandat, transaction, expertise ou autre. Comme la représentation, elle s'est bien émancipée du régime propre au mandat. Elle se distingue de l'arbitrage par ses plus amples possibilités, de sorte que l'arbitrage peut en quelque sorte être considéré comme une forme spécifique de tierce décision, mais non inversement.

Cette construction n'a pas besoin d'une réglementation légale. Sa souplesse et ses facultés d'adaptation requièrent de laisser son développement à la jurisprudence et à la doctrine. De la sorte, elle pourra devenir un des plus intéressants instruments de dérégulation.

SUMMARY

BINDING THIRD PARTY DECISIONS IN BELGIAN LAW

Although the subject has rarely been described and studied, the Belgian legal system on the whole allows for parties to agree that, either in the event of a dispute arising or to prevent a dispute from arising the matter be referred to one or more third parties, whose decision on the determination of the legal relationship, which is at the parties free disposal will be binding. Belgian legal practice uses these possibilities widely, although they are usually hidden under other notions or legal figures. At the Cepina colloquium of October 1984, it was agreed to use in Belgian law the term „binding third party decision”.

I. IMPORTANCE

A third party decision is not directly enforceable through simple confirmation or exequatur proceedings, as an arbitral award is. It has the same binding force as an agreement between the parties, that is binding force which can result in a privity of contract (contractual bond) or in a right in rem. It generally also lacks the authority of decided cases, which a settlement concluded by the parties enjoys. However it compares well with state jurisdiction or judicial arbitration by arbitres (as distinct from arbitratores in civil law systems) on the one hand and the arrangement of a settlement by the parties on the other hand.

First of all, in Belgian law, a judicial or arbitral solution is impossible or at least considered inadequate for a number of problems such as the adaptation, revision or gap-filling of contractual obligations, sharing a succession in natura, verification of quality, valuation of a price or allowance, or just uncertainties without there being a real dispute. Even when such problems could be solved by a judge or arbitrator, they will be settled only after long procedures and expert investigations. Third party decisions, not being bound to formalities, can give quick and yet skilled solutions, even in cases where judicial settlement remains possible.

Finally, public bodies and labour disputes, a priori precluded from arbitration, may have recourse to third party intervention.

II. LEGAL BASE AND CONDITIONS FOR THE BINDING FORCE OF THIRD PARTY DECISIONS

The binding force of third party decisions is based on a valid act of the person or persons who have the power to take the decision themselves, and by whose act this power is transferred. The legal justification for this binding force is therefore none other than the autonomy of the parties in one of its forms. One can distinguish the following possibilities:

- Third party decisions by contractual agreement. The validity of such an agreement is undeniable; specific instances are given in articles 1592, 1716 and 1854 of the C.C., and the general principle can be found in the *Loix civiles* of Domat or in the Italian and German civil codes.

The rule of article 1129 of the C.C., requiring a well defined object for a contractual obligation, still allows for an agreement that this question be determined by a third party's decision. Such an agreement can be made by the third party's decision arrangement, that is reached after a dispute has arisen or by means of a third party decision clause, that is stipulated earlier. In the latter case, clauses between parties with equal bargaining power have to be distinguished from clauses with the only possibility of adhesion, in which case a decision requires stricter criteria in order to be binding.

- Another kind of third party decision which can generally be considered contractual, but with specific features, is the third party decision provided by the articles of association.

- Third party decisions can also be arranged by a provision in a will, in order to appoint the person of a devisee or legatee, to construe a will, or to arrange the sharing of a succession. Their binding power rests on the freedom of the testator to dispose of his property within the limits of the disposable portion. Here, too, the rule requiring devises and legacies to be well-defined can't prohibit every kind of third party decision.

- Finally, there are certain possibilities for third party decisions provided by the judge.

In order to make the third decision binding, the act on which the power to bind the parties is based must fulfill all requirements, eg. as to legal capacity, prescribed forms, etc. to be binding itself. However we recommend considering the third party decision clause separately, so that the nullity of the global act does not necessarily involve the nullity of the clause.

Besides being based on such a transfer of power, the third party decision must itself meet certain requirements to be binding. The third party must be impartial, skilled

and legally entitled to act; he has to comply with the procedure provided by the parties; he has to use their standards, and in absence of precise standards, decide within the limits of the reasonable and equitable. His decision may not be discretionary (*arbitrium merum*) without this having been provided explicitly and without meeting all the requirements for (formal or judicial) arbitration.

III. NATURE OF THE BINDING FORCE OF AND JUDICIAL CONTROL OVER THIRD PARTY DECISIONS

A third party decision can have the same binding force as the legal act on which it is based. Thus, a third party decision provided by an agreement can have effects in personam (constitution, modification or extinction of a claim) or in rem. On the other hand, a distinction between substantial and procedural effects — which would require qualifying the third party decision as either an agreement certifying rights („Feststellungsvertrag”) or an agreement concerning proof of these rights, and thus would require such a distinction, too — is in our opinion impossible under Belgian law, and without real interest for the only question at stake, ie. the question concerning the ways and conditions of judicial control.

What are the possibilities of judicial control?

— When the legal relation is not at the free disposal of the parties, but can only be settled by the courts, or when the third party did not have the power to bind the parties by his decision, the court takes the decision without having regard to any third party decisions.

— When the third party refuses or fails to decide, and the parties don't agree on another third party, the court will appoint another third party if such is possible (except in the case of an appointment *intuitu personae*).

— When the third party fails to comply with the minimal or prescribed procedure, or fails to use the standards given by the parties, and in absence of such standards, to remain within the limits of what is reasonable and equitable, the court can nullify the decision. As the third party has a certain discretion within those limits, the judicial control is only marginal and the court will nullify only decisions patently unreasonable or *iniquitous* (cfr. article 1854 of the C.C.). In these cases, too, we recommend that the court appoint another third party.

— Liability of the third party according to the rules of agency is not excluded a priori.

IV. CONCLUSIONS

In the Belgian legal system the third party decision is a *sui generis* legal construction, in no need of qualification as mandate, compromise of settlement, and of a wider scope than certification or valuation. Just as with agency, it can't be reduced to one specific type of contract. It differs from arbitration by its wider possibilities, so that arbitration can be considered as a specific form of third party decision, but not the reverse.

This figure is not in need of statutory regulation. Its flexibility and adaptability render it more suitable to development by the judiciary and jurisprudence. Thus it could become one of the most interesting instruments for deregulation.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE BINDENDE ENTSCHEIDUNG IM BELGISCHEN RECHT

Obwohl dies selten beschrieben und untersucht worden ist, läßt das belgische Rechtssystem ausgiebig zu die Bestimmung der Rechtsverhältnisse, die zur Verfügung der Parteien stehen, in Streitfällen oder gerade zur Vorbeugung von Streitigkeiten, der Entscheidung eines oder mehrerer Dritten zu überlassen. Die belgische Rechtspraxis benützt diese Möglichkeiten ebenso ausgiebig, auch wenn sie diese meistens unter anderen Begriffen oder Rechtsfiguren versteckt. Seit dem CEPINA-Kolloquium vom 10. Oktober 1984 hat man für Belgien den Begriff *bindende Drittentscheidung* vereinbart, der sowohl Leistungsbestimmung durch Dritte als Schiedsgutachten umfaßt.

I. BEDEUTUNG

Eine solche Drittentscheidung kann keine Vollstreckbarkeit bekommen mittels einer Vollstreckbarkeitserklärung (Exequatur), wie es mit einem Schiedsspruch der Fall ist, sie hat ja nur die gleiche bindende Kraft wie ein Vertrag — Verbindlichkeit welche sowohl obligatorisch als dinglich sein kann —. Im Normalfall ist sie auch nicht rechtskräftig, wie z.B. ein Vergleich zwischen den Parteien selber. Dennoch hat diese Figur viele Karten in der Hand verglichen mit Obrigkeitsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit einerseits und Verhandlungen zu einem Vergleich zwischen den Parteien andererseits.

Zuerst gibt es mehrere Probleme wofür eine gerichtliche oder schiedsrichterliche Lösung rechtlich unmöglich oder mindestens ungeeignet ist, wie z.B. die Anpassung oder Ergänzung von verträglichen Obligationen, die Erbschaftsteilung in natura, die Qualitätsarbitrage, die Bestimmung eines Preises oder Schadenersatzes oder einfach die Lösung von Ungewißheiten ohne daß wirklich zu einer Streitigkeit gekommen ist. Auch wenn solche Probleme vom Richter oder Schiedsrichter gelöst werden könnten, geschieht es mittels zeitraubender Verfahren und Gutachten. Die bindende Drittentscheidung, welche nicht an Förmlichkeiten gebunden ist, kann eine schnelle und doch sachkundige Lösung verschaffen, auch in jenigen Fällen wo die Möglichkeit einer richterlichen oder schiedsrichterlichen Entscheidung unstrittig ist.

Schließlich sind weder öffentlichrechtliche Rechtspersonen noch arbeitsrechtliche Streitigkeiten a priori von einer bindenden Drittentscheidung ausgeschlossen, wie sie es von einem Schiedsverfahren sind.

II. GRUNDLAGE UND BEDINGUNGEN DER BINDENDEN KRAFT VON DRITTENTSCHEIDUNGEN

Die bindende Kraft einer Drittentscheidung kann nur auf ein gültiges Rechtsgeschäft der Person oder Personen welche befugt sind diese Entscheidung selber zu nehmen, und durch welches diese Befugnis übertragen wird, gegründet werden. Die Grundlage dieser Verbindlichkeit ist also keine andere als die Privatautonomie in einer seiner Formen. Wir unterscheiden folgende Möglichkeiten:

— die vertragliche Drittentscheidung, gegründet auf einen Vertrag zwischen der Parteien des Rechtsverhältnisses. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages ist unbestreitbar; Sonderfälle werden behandelt in Art. 1592, 1716 und 1854 des C.C., und den allgemeinen Grundsatz findet man sowohl in Domat's *Loix civiles* als auch im

BGB und im italienischen C.C. Die Bestimmung vom art. 1129 des C.C. welche ein bestimmte Sache als Gegenstand der Verbindlichkeit fordert, kann die Gültigkeit eines solchen Vertrages nicht verhindern. Dieser Vertrag kann ein Drittentscheidungskompromiß, d.h. nach dem Entstehen einer Streitigkeit entstanden, oder eine Drittentscheidungsklausel sein. Im letzten Fall sind Klauseln zwischen Parteien mit gleicher Verhandlungsmacht von Beitrittsverträgen zu unterscheiden, um auf diese Weise an Drittentscheidungen der zweiten Kategorie strengere Bedingungen zu knüpfen.

— Eine andere Art meistens verträglicher Drittentscheidung, doch mit eigenständigen Merkmalen ist die satzungsmäßige Drittentscheidung oder Vereinsgerichtsbarkeit.

— Die letztwillige Drittentscheidung zur Bestimmung eines Vermächtnisnehmers, zur Auslegung eines Testamentes oder zur Schlichtung einer Erbschaftsteilung. Ihre bindende Kraft gründet sich auf die freie Verfügungsmacht des Erblassers über den verfügbaren Teil seines Vermögens. Auch hier kann die erforderliche Bestimmtheit der Vermächtnisse nicht jede Art von Drittentscheidung ausschließen.

— Letztens gibt es auch gewisse Möglichkeiten einer gerichtlichen Drittentscheidung, vom Richter vorgeschrieben oder befohlen.

Um der Drittentscheidung bindende Kraft zu verleihen muß das Rechtsgeschäft worauf die Befugnis des Dritten sich gründet, alle Bedingungen um selber zu verbinden erfüllen, wie Geschäftsfähigkeit, erforderliche Förmlichkeiten, usw. Aber es empfiehlt sich die Drittentscheidungsklausel einzeln zu betrachten, so daß eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht notwendigerweise auch die Nichtigkeit der Klausel mit sich bringt.

Neben einer solchen gültigen Befugnisübertragung muß die Drittentscheidung selber bestimmten Anforderungen entsprechen um bindend zu sein. Der Dritte soll unparteiisch, sachkundig und geschäftsfähig sein; er soll das von den Parteien vorgeschriebene Verfahren beachten; er soll ihre Maßstäbe verwenden, und wenn sie keine genaueren Maßstäbe gesetzt haben, nach billigem Ermessen, d.h. innerhalb der Grenzen der Redlichkeit und Billigkeit, entscheiden. Die Entscheidung darf nicht nach freiem Ermessen (*arbitrium merum*) getroffen werden, wenn nicht solches ausdrücklich bedingt worden ist und die Entscheidung allen Bestimmungen der freundlichen Arbitrage (*amiable composition*) entspricht.

III. NATUR DER BINDENDEN KRAFT DER DRITTENTSCHEIDUNG UND IHRE RICHTERLICHE KONTROLLE

Die Drittentscheidung kann die gleiche bindende Kraft haben wie das Rechtsgeschäft worauf es sich gründet. Also kan die verträgliche Drittentscheidung obligatorische (Entstehung, Modifizierung oder Erlöschen des Schuldverhältnisses) oder dingliche Wirkung — welcher eine Qualifikation der Drittentscheidung als entweder Feststellungsvertrag oder Beweisvertrag, und damit auch einen klaren Unterschied zwischen beiden erfordern würde — m.E. in unserem Rechtssystem unmöglich und zugleich ohne wirkliche Bedeutung für die einzige Frage im Spiele, namentlich die der Art und Weise der richterlichen Kontrolle.

Welche richterlichen Aufsichts- und Kontrollmöglichkeiten sind anwendbar?

— Wenn das Rechtsverhältnis den Parteien nicht frei zur Verfügung steht, oder wenn der Dritte nicht die Macht hat die Parteien mit seiner Entscheidung zu binden, entscheidet der Richter selber über die Streitigkeit.

— Wenn der Dritte den Auftrag ablehnt oder nicht erfüllt, und die Parteien sich über die Anweisung eines anderen Dritten nicht einigen, weist der Richter einen anderen Dritten an, wenn dies möglich ist (nicht im Falle einer Anweisung intuitu personae).

— Wenn der Dritte das minimale oder von den Parteien vorgeschriebene Verfahren nicht beachtet, oder die aufgegebenen Maßstäbe nicht verwendet, oder — wenn kein ausdrücklicher Maßstab aufgegeben ist —, die Grenzen der Redlichkeit und Billigkeit überschreitet, kann der Richter die Entscheidung für unverbindlich erklären. Da jedoch der Dritte in der Abwesenheit von ausdrücklichen Maßstäben nach billigem *Ermessen* zu entscheiden hat, d.h. nach Ermessen innerhalb der Grenzen der Redlichkeit und Billigkeit, ist die richterliche Kontrolle nur marginal, und er wird die Entscheidung nur für unverbindlich erklären, wenn sie offenbar unbillig ist (C.C. 1854; vgl. BGB 319). Auch in diesen Fällen von Unverbindlichkeitserklärung empfiehlt es sich, wenn möglich, einen anderen Dritten anzuweisen.

— Eine Haftung des Dritten auf Grund der Regel des Auftrags ist nicht a priori auszuschließen.

IV. BESCHLUß

Die bindende Drittentscheidung ist eine unabhängige Rechtsfigur, wofür eine Bezeichnung als Auftrag, Vergleich, Gutachten, oder andere nichts mehr aussagt. Wie die Figur der Vertretung hat sie sich vom Auftrag losgelöst. Vom Schiedslösung unterscheidet sie sich durch ausgiebige Möglichkeiten, so daß man das Schiedsverfahren als eine besondere Art von Drittentscheidung betrachten kann, aber nicht umgekehrt.

Diese Rechtsfigur benötigt keine gesetzliche Regelung. Es entspricht ihrer Flexibilität und Anpassungsfähigkeit ihre Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung zu überlassen. So kann sie eines der interessantesten Deregulierungsinstrumente werden.